وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
قطاع الشؤون الثقافية

الوعي الإسلامي
مجلة كويتية شهرية جامعة

القسمة

بحث أعدّه خبير الموسوعة الفقهية الكويتية
عام ١٣٩١هـ - ١٩٧١م

الأستاذ الدكتور/ إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة

الإصدار الرابع والعشرون
١٤٣٢هـ - ٢٠١١م

الوعي الإسلامي

بسم الله الرحمن الرحيم

القِسمة

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
قطاع الشؤون الثقافية

جميع الحقوق محفوظة

تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - دولة الكويت
في مطلع كل شهر عربي

الطبعة الأولى
١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م

الإصدار الرابع والعشرون
١٤٣٢هـ - ٢٠١١م

الموقع على الإنترنت www.alwaei.com
البريد الألكتروني info@alwaei.com

العنوان
ص.ب ٢٣٦٦٧ الصفاة ١٣٠٩٧ - الكويت
هاتف: ٢٢٤٦٧١٣٢ - ٢٢٤٧٠١٥٦ - ١٨٤٤٠٤٤ - فاكس: ٢٢٤٧٣٧٠٩

الإشراف العام
رئيس التحرير
فيصل يوسف أحمد العلي

تصـــديـــر

بقلم رئيس تحرير «مجلة الوعي الإسلامي»

الحمد لله الذي منَّ علينا بالإيمان والإسلام، وتفضل علينا ببيان الشرائع والأحكام، وأحلّ الحلال وبيَّن الحرام، نحمده على ما أفاض علينا من الإنعام، ونشهد أن محمدًا عبده ورسوله سيد الأنام، اللهم صل وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه السادة الأعلام.

أما بعد: فإن التفقه في الدين من أفضل القرب وأجل الطاعات. وأول ما تنصرف إليه همم أولي الرغبات، معرفة الحلال والحرام، فالفقه الإسلامي طوى في دواوينه المطبوعة والمخطوطة باكورة خالصةً من أعمال الأئمة الفقهاء، وجمع بين دفات الكتب حُصالة فهم الفقهاء لنصوص الكتاب والسنة، وما أجمعَتْ عليه الأمة.

ومن المعلوم أن فقه المعاملات المالية من أخطر الأبواب وعورة، وأشدِّها ممارسة، لذلك كان من المهم جدًّا أن يستَقلَّ فيها بمؤلفات وافية، حاوية للمنقول عن المذاهب المتبوعة، مشفوعة بالآراء المتأخِّرة والمعاصرة.

وهذا الكتاب الذي نُصدره اليوم «**بحث القسمة**» من أَرْصنِ البحوث المعاصرة في باب خطير من الأبواب الفقهية، كتبه خبير في هذا الفن، وبين في المقارنة بين الشريعة والقانون، وقدحرص فيه على الدقة في النقل، والأمانة في التصوير، والنزاهة والورع في الأحكام.

ومن أهم ما يميز هذا البحث تفصيلُه الممتع المفيد في ماهية القسمة، وطبيعتها،

وخلاف الأئمة الفقهاء في شتى تفاصيلها وجزئياتها، إضافة إلى ترجيح وتقويم في بعض المسائل، من باب زيادة الفهم والإيضاح، ولا يمكن لقارئ البحث بعد أن ينتهي منه إلا أن يثور إعجابه بقلم السيد المعد للبحث ومراجعته، وهو صاحب الفضيلة خبير الموسوعة الفقهية الكويتية عام (١٣٩١هـ/ ١٩٧١م):

الدكتور إبراهيم عبدالحميد إبراهيم سلامة.

وفي الختام، هذا إصدار جديد، تنال مجلة «الوعي الإسلامي» شرف طباعته وإخراجه للناس كافة، وللمهتمين بالفقه المالي على وجه الخصوص، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

رئيس التحرير

فيصل يوسف العلي

الاصطلاحات والرموز

١ ــ إذا ذكر حكم غير معزو لمذهب ، وغير مصرحٍ بأنه متفق عليه فالمراد أنه حكم المذهب الحنفي .

٢ ــ حرف الراء بعدها نقطتان في العزو هكذا (ر :) هو فعل أمر من الرؤية ، بمعنى : انظر .

٣ ــ الرقمان بينهما خط مائل بعد اسم كتاب في العزو هكذا ٣ / ٢٤ يكون الرقم الأول للجزء ، والثاني للصفحة . وفي العزو إلى صفحات أو فقرات عديدة متتالية يكتفى بذكر الرقمين الأول والأخير مع خط أفقي بينهما للدلالة على أن مابين الرقمين من صفحات أو فقرات مشمول بالعزو .

٤ ــ حين يتكرر العزو إلى كتاب ويذكر معه كلمة (أيضاً) فالمقصود المكان لفسه السابق الذكر من ذلك الكتاب .

٥ ــ حرف الفاء المتلوّ بخط مائل ورقم هكذا ف / ٢٧ في الإحالة والعزو هو رمز إلى الفقرة ذات الرقم المذكور .

مثال على كل ما تقدم من الرموز : (ر : ف / ١٥ والبدائع ٣ / ٢٤ ــ ٢٩)

أي : انظر الفقرة / ١٥ من هذا الموضوع ، والصفحات من ٢٤ حتى ٢٩ من الجزء ٣ من كتاب البدائع .

ملاحظة :

قد يُرى في هذه الطبعة التمهيدية إحالاتٌ في أحد الموضوعات على بعض موضوعات أخرى ، دون تحديد رقم الفقرة من الموضوع المحال عليه ، بل يوضع في محل رقم الفقرة المحال عليها نُقَط . وسبب ذلك كونُ الموضوع المحال عليه لم تتم كتابته بعدُ ، فلا يمكن تحديد رقم الفقرة المحال إليها .

بسم الله الرحمن الرحيم

مخطط تفصيلي لبحث

القســـــمة

يقع في ستـــة فصـــول

الفصل الأول

تمهيـــديات

وفيـــه ثلاثة فـــروع

الفرع الأول

تعريف القسمـــة وتكييفهـــا ١ ـــ ٢٨

وفيـــه مطلبـــان

المطلب الأول

تعريف القسمـــة وشرحـــه وتمثيلـــه ١ ـــ ٦

المطلب الثانى

تكييف القسمـــة وآثاره ٧ ـــ ٢٨

وفيـــه شعبتـــان

الشعبة الأولى : هـــل القسمة بيـــع أو محض تمييز حقوق ٧ ـــ ١١
الشعبة الثانية : الآثار المترتبة على الخلاف في تكييفها ١٢ ـــ ٢٨

الفرع الثانى

المشروعيـــة وحكمتهـــا ٢٩ ـــ ٣٢

وفيه مطلبان

المطلب الأول

مشروعيـــة القسمـــة ٢٩ ـــ ٣١

المطلب الثانى

حكمة المشروعية ٣٢

الفرع الثالث

تقسيم القسمة ٣٣ ـ ٩٥

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

تقسيم القسمة باعتبار الحاجة الى التقويم وعدمه ٣٣ ـ ٤٠

قسمة الافراز : ٣٤

قسمة التعديل ٣٥

قسمة الرد ٣٦ ـ ٤٠

المطلب الثانى

تقسيم القسمة باعتبار ارادة المتقاسمين ٤١ ـ ٩٠

قسمة التراضي : ٤١

قسمة الاجبار : ٤١ ـ ٤٣

شريطة الاجبار : ٤٤ ـ ٧٢

ملحق : ما يعتبر متجانسا : ٧٣ ـ ٩٠

قسمة الدور : ٧٤ ـ ٧٨

قسمة الأراضى ٧٩ ـ ٨٢

قسمة الحيوان : ٨٣ ـ ٨٦

قسمة الثياب والأوانى ونحوها ٨٧ ـ ٨٩

قسمة الجواهر : ٩٠

المطلب الثالث

تقسيم القسمة باعتبارين آخرين ٩١ ـ ٩٥

الشعبة الأولى

تقسيم القسمة باعتبار وحدة المحل وتعدده ٩١ ـ ٩٤

١ قسمة الجمع : ٩١

٢ قسمة التفريق : ٩٢ ـ ٩٤

الشعبة الثانية

تقسيم القسمة باعتبار طبيعة المحل أو ارادة المتقاسمين ٩٥

١ ــ قسمــة أعيان ٢ ــ قسمــة منافع ٩٥

الفصــل الثانى

مقــومــات القسمــة ٩٦ ــ ١٥٤

الفــرع الأول

القــاســم ٩٧ ــ ١١٤

المطلب الأول

شرائط القــاسم ٩٨ ــ ١١٤

الأولى ــ العقــل ٩٨

الثانيــة ــ الملك أو الولايــة ٩٩

نفوذ القسمــة بالاجازة ١٠٠

اشتراط طلب القسمــة ١٠١

ماليس شريطــة ١٠٢ ــ ١٠٤

شرائط قاسم الحاكم ١٠٥ ــ ١١٢

الشريطة الأولى : العدالــة ١٠٦

الشريطة الثانيــة : الحريــة ١٠٧

الشريطــة الثالثــة : الذكورة ١٠٨

الشريطة الرابعة علمه بالقسمة ١٠٩

الشريطة الخامسة : تعدده ١١٠ ــ ١١١

الشريطة السادســة : نزاهته وعفتــه ١١٢ ــ ١١٤

المطلب الثانى

أجرة القــاسم ١١٥ ــ ١٢٢

الطرف الأول : على من تكون ١١٥ ــ ١١٨

الطرف الثانى : كيف توزع ١١٩ ــ ١٢٢

الفرع الثانى

المقسوم لــه

شرائطــه ١٢٣ ــ ١٤٧

الشريطة الأولى : طلب الشركاء أو بعضهم ١٢٣ ــ ١٢٤

الشريطة الثانية انتفــاء الضرر ١٢٥ ــ ١٢٨

الشريطة الثالثة : البينة على ارث العقار المدعى ارثــه ١٢٩ ــ ١٤٠

الشريطة الرابعة : رضاء الشركاء او من يقوم مقامهم ١٤١ ــ ١٤٦
الشريطة الخامسة : حضور الشركاء او من ينوب منابهم ١٤٧

الفرع الثالث

المقسوم ١٤٨ ــ ١٥٤

شرائطه ١٤٨ ــ ١٥٤

١ ــ اتحاد الجنس

٢ ــ اتحاد صنف المنقولات

٣ ــ زوال العلقة بالقسمة

٤ ــ ان لا تنقص القسمة قيمة المقسوم

٥ ــ تعذر افراد كل صنف بالقسمة

٦ ــ عدم الجمع بين نصيبين

٧ ــ عدم الرد

الشريطة الثامنة : ان يكون المال المشترك عينا او منفعة ١٤٩
الشريطة التاسعة : أن يكون المال المشترى قابلا للقسمة ١٥٠
الشريطة العاشرة : أن يكون المقسوم مملوكا للشركاء عند القسمة ١٥١ ــ ١٥٢
الشريطة الحادية عشرة : حضور المقسوم او وصفه ١٥٣
الشريطة الثانية عشرة : عدم الشرط الحرام ١٥٤

الفصل الثالث

قسمة الأعيان ١٥٥ ــ ١٨٧

الفرع الأول

قسمة العقار ١٥٧ ــ ١٥٩

المطلب الأول

الى ماذا تتنوع قسمته ١٥٧ ــ ١٥٩

في المحـــل الواحـــد ١٥٨
في المحـــال المتعـــددة ١٥٩

المطلب الثاني

كيف يقســـم ١٦٠ ـــ ١٧٣

كيفية القسمة من حيث كونها بقرعة وبغير قرعة وشرائط القرعة عند المـــالكيـــة

الطرف الأول : ١٦٠ ـــ ١٦١
الطرف الثانى : القرعة : مشروعيتها ومقدماتها وكيفيتها ١٦٢ ـــ ١٧١
اولا : مشروعيتهـــا ١٦٢
ثـــانيا : مقـــدماتهـــا ١٦٣ ـــ ١٦٦
ثالثا : كيفيـــة القرعـــة ١٦٧ ـــ ١٧١
تنبيهـــان : في أقسام المقسومـــات ١٧٢ ـــ ١٧٣
واجابة من طلب ان يكون نصيبه الى جوار ارضه

الفرع الثانى

المنقـــول المتشـــابه ١٧٤ ـــ ١٧٦

المطلب الأول

الى ماذا تتنوع قسمتـــه ١٧٥

المطلب الثانى

كيف يقســـم ١٧٦

الفرع الثالث

المنقـــول غير المتشابه ١٧٧

الفرع الرابـــع

مسائل ذات اعتبارات خاصة ١٧٨ ـــ ١٨٧
المسألـــة الأولى : قسمة عين واحدة لاتقبـــل القسمـــة ١٧٨ ـــ ١٨١

المسألـــة الثانيـــة : عين المـــاء ١٨٢
المسألـــة الثالثـــة : الاختلاف في رفع الطريق ومقداره ١٨٣ ـ ١٨٤
المسألـــة الرا بعـــة : العلـــو والسفل لبيت أو بيتين متلاصقين ١٨٥ ـ ١٨٧

الفصل الرابـــع

الآثار المترتبـــة على قسمة الأعيان ١٨٨ ـ ٢٠١
أولا ـ لزوم القسمـــة ١٨٨ ـ ١٩٠
ثانيا ـ استقـــلال كل واحـــد بملك نصيبـــه والتصرف فيـــه ١٩١ ـ ١٩٣
ثالثا ـ طريق الغـــير أو مسيله لا يدخل في القسمـــة ولا يمنعهـــا ١٩٤
رابعا ـ احداث أبواب ونوافـــذ في السكة المشتركة ١٩٥
خامسا ـ الارتفاق القـــديم يستمـــر مـــالم تشترط ازالتـــه ١٩٦
سادسا ـ الأشجـــار والابنية تابعة للارض ١٩٧
سابعا ـ الزرع والفاكهة ليسا من توابع الأرض ١٩٨
ثامنا ـ البناء او الغراس غـــير المشترك الذى يقع في نصيب غير واضعه ١٩٩ ـ ٢٠١

الفصـــل الخـــامس

أحكـــام الطوارىء ٢٠٢ ـ ٢٣٠

وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول

الغبن ٢٠٢ ـ ٢٠٨

الفرع الثانى

العيب ٢٠٩ ـ ٢١٤
الحالة الأولى : ان يكون العيب في أكثر النصيب ٢١١
الحالة الثانية : أن يكون العيب في النصف فاقل ٢١٢
تنبيـــه : مما يفوت بـــه النصيب ٢١٣

الفرع الثالث

الاستحقـــاق ٢١٥ ــ ٢٢٤

الحالة الأولى : استحقاق بعض معين من نصيب واحـــد ٢١٦ ــ ٢١٨
الحالة الثانية : استحقاق بعض معين من النصيبين ٢١٩ ــ ٢٢٠
الحالة الثالثة : استحقاق بعض شائع في نصيبواحـــد ٢٢١
الحالة الرابعة : استحقاق بعض شائـــع مـــن النصيبين ٢٢٢ ــ ٢٢٤

ملحـــق

ظهور دين أو ارث أو وصيـــة ٢٢٥ ــ ٢٣٠
ا ــ ظهور وارث او موصى لـــه بجزء شائع من التركة ٢٢٥ ــ ٢٢٦
ب ــ ظهور دائن للميت او موصى لـــه بمقدار مُرسَـــل ٢٢٧ ــ ٢٢٩
تنبيهـــات للحنفيـــة ٢٣٠

الفصـــل السادس

قسمـــة المنافع (المهاياة)

* * *

المهـــايـــاة

(قسمـــة المنـــافع)

تعريف المهـــاياة ١

الفرع الأول

مشروعيـــة المهـــاياة ٢

الفرع الثانى

متي تكـــون المهـــاياة ؟ ٣ ــ ١٤
محـــل المهـــاياة ٤ ــ ٥
التراضي والاجبـــار ٦ ــ ١٤

الفرع الثالث

كيفيـــة المهـــاياة ١٥ ـــ ١٩

المهـــاياة الزمانيـــة ١٥

المهـــاياة المكانيـــة ١٦ ـــ ١٩

الفرع الـــرابع

الآثار المترتبة على المهاياة ٢٠ ـــ ٣٧

أولا ـــ عـــدم لزومهـــا ٢٠ ـــ ٢١

ثانيـــا ـــ أنها لا تنتهى بموت أحد الشريكين أو كليهمـــا ٢٢

ثالثـــا ـــ أنها تنتهى بتلف العين ٢٣

رابعا ـــ أنه لاضمان اذا انتهت بغير فسخ ٢٤

خامسا ـــ اختصاص كل شريك بالتصرف فيمـــاوقـــع لـــه بالمهـــايـــاة ٢٥

حـــق الاستغـــلال . ٣٦

سادســـا أنه لاضمان للنقص بالاستعمال ٣٧

(القسمة)

الكلام في القسمة يقع في ستة فصول :

الفصل الاول

تمهيـــديات

وفيـــه ثلاثة فروع :

الفرع الأول

تعـــريفها وتكييفها

وفيـــه مطلبـــان :

المطلب الأول

تعريف القسمة ، وشرحـــه ، وتمثيله

١ ــ القسمة لغة : هي النصيب ؛ وجعل الشيء أو الأشياء أجزاء أو ابعاضا متمايزة ؛ سواء أكان ذلك لمجرد تفريق الأجزاء أو الأبعاض ، أم لمعرفة ما في المقسوم من أمثال المقسوم عليه ، كما في القسمة الحسابية ، أم بقصد تعيين الانصباء، تساوت أم تفاوتت .

ولذا يقول صاحب المصباح المنير « قسمته قسما ، من باب ضرب ، فرزته أجزاء فانقسم ؛ والموضع مقسم ، مثل مسجد ؛ والفاعل قاسم ؛ وقسام مبالغة ؛ والاسم القسم (بالكسر) ثم أطلق على الحصة والنصيب ، فيقال: هذا قسمي؛ والجمع أقسام ، مثل حمل وأحمال ؛ واقتسموا المال بينهم ؛ والاسم القسمة ، واطلقت على النصيب أيضا » .

وهو يريد بقوله « والاسم : القسمة » انها اسم مصدر . [وكلامه أدق وأشمل مما عند صاحب « المغرب » إذ يقول : « قسم القسام المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين أنصباءهم ، ومنه القسم بين النساء » فان هذا قاصر على تمييز الانصباء ، وسيأتي انه المعنى الشرعي للقسمة ، فيكون المعنيان اللغوي والشرعي سواء : وقد أقره كثير من أهل العلم[1] والاصل في المعنى اللغوي أن يكون أعم ، وهو هنا أيضا جار على أصله ، كما رأيناه في كلام صاحب المصباح ، وليس به من خفاء] :

٢ ــ القسمة شرعا : جمع نصيب شائع في معين : أي في نصيب معين : هكذا عرفها صاحبا الكنز والكفاية من الحنفية[2]. وانما كانت جمعا للنصيب بعد تفرق ، لأنه كان قبل القسمة موزعا على جميع أجزاء المشترك ــ ما من جزء مهما قل إلا ولكل واحد من الشركاء فيه بنسبة ماله في المجموع الكلي ــ ثم صار بعد القسمة منحصرا في جزء معين لا تتخلله حقوق أحد من بقية الشركاء ــ ولو كانت الجزئية باعتبار الزمان ، كما في المهايأة الزمانية .

[وهو يساوي تماما تعـــريف المالكية إذ يقولون : « هي تصيير مشاع ، من مملوك مالكين فأكثر ، معينا ــ ولو باختصاص تصرف فيه ــ بقرعة أو تراض » . ومثال اختصاص التصرف أن يتصرف هذا في دار ، وهذا في دار ؛ مع بقاء الشركة في الدارين . فانت ترى المالكية مصرحين ــ عن طريق هذه الغاية « ولو باختصاص تصرف فيه» بأن قسمة المهايأة من مشتملات التعريف ، كما أشرنا آنفا . فمن الخطأ قصره على قسمة الأعيان ــ وان غيرت صيغته ابتغاء الايجاز أو الايضاح : كما فعل محررو المجلة العدلية إذ قالوا : « القسمة هي تعيين الحصة الشائعة » . وقد تورط في هذا الخطأ ــ تبعا لملا مسكين وأبي السعود ــ الاتاسي في شرح المجلة ؛ وغرهم أنهم وجدوا الفقهاء يذكرون للمهايأة تعريفا مستقلا ! مع أن هذا شأن كل نوع تحت جنس . ونص عبارته :

(١) نهاية المحتاج ٢٦٩/٨ والتجريد المفيد ٣٦٨/٤ وتعليـــق الشيخ عوض على الاقناع للخطيب ٢٧١/٢

(٢) البحر الرائق ١٦٧/٨ وفتح القدير ٢٤٧/٨

« وأفاد مسكين على الكنز أن القسمة نوعان : قسمة في الاعيان ؛ وقسمة في المنافع ، وهي المسماة بالمهايأة . وما ذكــر (يعني تعريف المجلة) تعريف للنوع الأول . وتعريف النوع الثاني : مبادلة المنفعــة بجنسها[1] كما في أبي السعود عن الحموي[2] » . ولم يتورط المالكية في مثل هذا الخطأ مع أنهم أيضا يفردون قسمة المهايأة بتعريف دقيق وفق طريقتهم إذ يقولون : « هي اختصاص كل شريك عن شريكه بمنفعة مشترك فيه[3] مدة معلومة » .

نعم بعض تعاريف الحنفية للقسمة لا تشمل بظاهرها قسمة المهايأة . ومن ذلك ما جاء في العناية ونتائج الافكار وتنوير الابصار : « هي جمع النصيب الشائع له (أي للشريك) في مكان معين[4] لأن تقييد الجمع بكونه في مكان معين مشعــر بتجاهل المهــايأة ، إذ قــد لا يكون الجمع فيها إلا باعتبار الزمان . فلعل هذا هو منشأ الاضطراب] .

٣ ــ [ثم التعريف بما سلف للحنفية والمالكية صادق بتعيين نصيب شريك واحد من عــدة شركاء ، مع بقاء الآخرين على شركتهم كما كانوا . وهي المسألة التي سأل عنها سحنون عبد الرحمن بن القاسم إذ قال له : « أرأيت لو أن دارا بين ثلاثة رجال رضوا بأن يأخذ أحدهم بيتا من الدار ، على أن تكون للآخرين بقية الدار ، أيجوز هذا عند مالك ؟ » فأجاب ابن القاسم : « نعم » . فعاد سحنون يقول : « أليس قد قال مالك : لا يجمع بين رجلين في القسم ؟ » فرد ابن القاسم : « انما قال ذلك مالك في القرعة ــ لعلها القسمة ــ بالسهام[5] » على أن أشهب يجيز الجمع مطلقا[6] ومثله قول صاحب البدائع من الحنفية : « وينبغي ألا يضم بعض الأنصباء إلى بعض ، إلا إذا رضوا بالضم ، لأنه يحتاج إلى القسمة ثانيا »[7] فان معناه أنه إذا أراد بعض الشركاء بقاء شركتهم فذلك لهم ، ويقسم لغيرهم ممن يريدون القسمة . وتجد في مباحث الاستحقاق مثالا آخر[8] وهو يؤخذ من قول الشافعية : « ان وكل شريكا له على أن يكون نصيبهما جزءا واحدا جاز ، لأنه يحتاط لنفسه ولموكله »[9] ومن تصويرهم الشفعة في القسمة ــ بناء على أنها بيع ــ بما إذا تقاسم شريكا ثالثٍ حصتيهما وتركا حصته مع أحدهما برضاه[10] ومن قولهم : « لو أراد جمع من الشركاء بقاء شركتهم ، وطلبوا من الباقين أن يتميزوا عنهم بجانب ، ويكون حق المتفقين متصلا ، فان كان نصيب كل لو انفرد لم ينتفع به أجيبوا »[11] .

٤ ــ ويلتقي مع هذا كله ما يقرره شراح القانون المدني المصري من أن القسمة تفرز نصيب كل واحد من الشركاء ، أو بعض منهم بعينه واحدا أو أكثر ، في جميع المال أو في بعضه[12] بل لقد أثبت الحنفية القسمة في بعض المال المقسوم دون بعض ــ حتى في قسمة الاجبار إذا لم يكن من ذلك بد : كما قالوه في قسمة ثلاثة أثواب بين اثنين يأخذ كلٌّ ثوبا لا يساوي ثوب صاحبه

(١) غير جامع ، لان المهايأة قد تكون مع اختلاف جنس المنفعة كما سيجيء : (ر: مهايأة ف٦) وغير مانع ، لانه يشمــل مبادلة المنفعة بين من ليسوا بشركاء .
(٢) ٥٠/٤ .
(٣) صادق بالكــل وبالبعض .
(٤) فتح القدير ٢٤٨/٨ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ١٦٦/٥ .
(٥) المدونــة الكبرى ١٦٩/٤ . يعني اذا اختلف غرضا هما او كانا عصبــة ليس معهمــا ذو فرض (الرهــوني ٣١٠/٦) . نعم ان كان لمــورث العصبة شريك اجنبي جمعوا وان ابوا (حواشي التحفــة ٦٩/٢) كدار بين شريكين مات احدهما ، تقسم نصفين بين الشريك والورثة ، ثم يقسم بين الورثة نصفهم .
(٦) الرهوني ٣٠٩/٦ .
(٧) البدائع ١٩/٧ .
(٨) ر : ف ٢٢١ .
(٩) مغني المحتاج على المنهاج ٤١٨/٤ .
(١٠) رشيدي على نهاية المحتاج ٢٧٥/٨ .
(١١) نهايــة المحتاج ٢٧٣/٨ .
(١٢) الوسيط للسنهوري ٨٨٩/٨ .

في القيمةو لايستغرق الثالث ، فيبقى الثالث مشتركا بينهما[١].]

٥ ــ [ولا يخفى بعد هذا قصور التعريف بالصورة التي أورده بها الدردير من المالكية إذ يقول : « القسمة تعيين نصيب كل شريك في مشاع ، ولو باختصاص تصرف »[٢] إذ هو بعد التعبير بصيغة العموم لا يشمل تعيين نصيب بعض الشركاء دون بعض . وهو نفس القصور الذي وقع في تفسير المجلة لتعريفها الآنف إذ تقول : يعني افراز الحصص بعضها عن بعض بمقياس ما ، كالذرع والوزن والكيل[٣] ثم في هذا قصور آخر ، إذ لا يشمل افراز الحصص بالتراضي دون مقياس ما . ولذا أطلق أكثر الشافعية ، إذ عرفوا بمثل هذا ، فقالوا : « القسمة تمييز الحصص بعضها من بعض[٤] » وقد يقولون : « تمييز بعض الانصباء من بعض » . والذين يقيدونها منهم لا يقصرون وسيلة التعيين على المقاييس ، بل يقولون : « بالطريق الآتي »[٥] : فيكون تعريفهم جامعا ؛ ومانعا أيضا ــ لأن المشترك إذا جزئ مثلا على التفاوت ثم وزع بطريق المقامرة بين الشركاء لم يكن ذلك من القسمة الشرعية في شيء] .

والعبارة التي عبر بها الشافعية من غير تقييد ، هي أيضا عبارة الحنابلة[٦] . [وان كان صاحب مطالب أولي النهى ، عند ما شرح عبارة المنتهى ، قصرها على قسمة الافراز ؛ وافرد كلا من قسمتي التعديل والرد بتعريف : فقال : « قسمة التعديل : هي أن يحضر مقومان يقومان الأعيان كل عين على حدة ، ويدفعا إلى كل واحد أعيانا بقدر ماله بالقيمة . وقسمة الرد : هي أن يكون بينهما عبدان قيمة أحدهما ستمائة ، والآخر سبعمائة ، فيرد خمسين[٧].

فليس يخفى خلله ، لأن التعريف شامل لقسمتي التعديل والرد ، وليس قاصرا على قسمة الافراز ــ كما هو واضح ، وعلى هذا الشمول فسره كل من ذكره .]

٦ ــ [وعلى هذا لو كان بين رجلين صبرة قمح فقال أحدهما لصاحبه لك منها هذا الطرف ولي ذاك لا تكون هذه قسمة : إذ ليس فيها تمييز الانصباء وتعيينها : بحيث لا يكون لنصيب هذا تعلق بنصيب ذاك]

المطلب الثاني

التكييف وآثاره

وفيــه شعبتان :

الشعبة الأولى

هل القسمة بيع أم محض تمييز حقوق

٧ ــ يذهب العلماء في ذلك مذاهب أربعة :

المذهب الأول : أنها بيع باطلاق :

وعليه مالك نفسه وبعض أصحابه(٨) لكنه خلاف المشهور عندهم(٩) وبعض الشافعية ؛ وصححه جمع من قدامى أصحابهم ، والرافعي والنووي أوائل الربا وفي زكاة المعشرات(١٠) وبعض الحنابلة ، وهي رواية عن أحمد(١١) .

المذهب الثاني : أنها محض تمييز حقوق باطلاق

وعليه بعض الشافعية ومعهم المجد بن تيمية من الحنابلة وكذلك بعض المالكية إذا لم تقع القسمة جزافا وكذلك ابن حزم باستثناء القدر المقابل بالمردود في

(١) فتح القدير ٨/٣٥٩ .
(٢) بلغة السالك ٢/٢٣٧ .
(٣) شرح الأتاسي ٤/٥٠ .
(٤) نهاية المحتاج ٨/٣٦٩ .
(٥) الباجوري على ابن قاسم ٢/٣٥١ .
(٦) منتهى الارادات ٢/٦١٨ .
(٧) مطالب أولى النهى ٦/٥٤٩ .
(٨) التحفة وحواشيها ٢/٦٨ .
(٩) الفواكه الدواني ٢/٣٢٧ .
(١٠) مغني المحتاج ٤/٤٢٤ ونهاية المحتاج ٨/٢٧٥ .
(١١) منتهى الارادات ٢/٦١٨ والانصاف ١١/٣٤٧ .

قسمة الرد (وهو ما يعرف بالمعدِّل – في القانون المدني المصري) فانهم مجمعون على أنه مبيع[١].

المذهب الثالث : أنها تمييز حقوق في بعض دون بعض .

أ – فعند جماهير المالكية ، وهي رواية المدونة عن مالك[٢] : تمييز حقوق فيما تماثل – أي كان من نوع واحد ، مع تساوي الرغبات والقيمة : كالدور والفدادين المتقاربة في المسافة عرفا[٣] ، المتساوية في القيمة عند أهل الخبرة وفي الرغبة لدى الشركاء – أو تقارب (وقد يقال : تجانس) – ككل ما يلبس من الثياب ، لأن الغرض الأهم هو اللبس[٤] : فالقطن والصوف والحرير وغيرها . من مخيط وغير مخيط ، تدخل في عداد المتقارب[٥] – إذا وقعت قسمته بطريق القرعة : أما فيما عدا ذلك فبيع .

ب – وعند جماهير الشافعية : تمييز حقوق في قسمة المتشابهات : وذلك حيث تتساوي الانصباء صورة وقيمة : سواء في ذلك المثلي كالحبوب والنقود ، وغيره كالدار المتفقة الأبنية : في كل من جانبيها مثل ما في الآخر مع انقسام العرصة (الساحة) الفاصلة بين المبنيين ، والأرض الزراعية وغير الزراعية التي تتشابه أجزاؤها كذلك – بيع فيما عدا ذلك[٦] .

ج – وعند جماهير الحنابلة وبعض الشافعية : تمييز حقوق فيما عدا قسمة الرد – أما في قسمة الرد فبيع . وقسمة الرد – كما سيجيء – هي التي يستعان في تعديل أنصبائها بمال أجنبي : كأرض بين اثنين في أحد جانبيها ما لا يقبل القسمة – كمعدن أو بناء أو بئر ماء – وربما كانت قيمته وحده تعدل قيمة الأرض كلها أو تزيد[٧] .

المذهب الرابع : القسمة لا تخلو من المعنيين :

إلا أنه في قسمة المثلي يغلب معنى تمييز الحقوق (الافراز) وفي قسمة القيمي يغلب معنى البيع . وهذا هو مذهب الحنفية لا يختلفون عليه[٨] ولكل وجهة :

٨ – فللأول : أن كل جزء من المال مشترك بين الشريكين ، فاذا أخذ أحدهما نصف الجميع فقد باع ماترك من حقه بما أخذ من حق صاحبه[٩] أو كما قال ابن قدامة : لأنه يبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر – وهذا حقيقة البيع[١٠] .

وهذا منقوض نقضا إجماليا بتخلف أحكام البيع عنها في كثير من المواطن : فالبيع يفتقر إلى صيغة تمليك بايجاب وقبول ؛ وتثبت فيه الشفعة ؛ ولا تدخله القرعة ؛ ولا يراعى فيه تعادل البدلين – ولا كذلك القسمة .

وقد يجاب بأن تخلف اللازم لمانع لا يضر : ككون ثبوت الشفعة في القسمة عبثا – لأنها

---

(١) مغني المحتاج ٤/٤٢٣ ، ٤٢٤ وقواعد ابن رجب ٤١٢ ومطالب اولي النهى ٦/٥٥٠ التحفة وحواشيها ٢/٦٨ .
(٢) ١٤/١٩٨ .
(٣) فالداران في حيين من مدينة ، ان تقارب الحيان فمتقاربتان وان تباعدا فمتباعدتان ، واذا كانتا كل في قرية – فقد قالوا ان القريتين اذا وقعتا في نطاق ميل واحد فمتقاربتان وقال الدردير : أو ميلين ، ولم يفرق بين المدينة والقرى، (بلغة السالك ٢/٢٤٠) والتحديد بالميل وقع في المدونة لبيان التقارب بالنسبة للاراضي الزراعية والبساتين ، فالمسألة اذن مسألة عرف (التحفة وحواشيها ٢/٦٨– ٦٩ .
(٤) بلغة السالك ٢/٢٤١ .
(٥) ومن المتقارب (المتجانس) البخت من الابل مع العراب منها ، والجاموس مع البقر ، والغنم مع المعز ، لاالبغال مع الحمير (الخرشي ٤/٢٠٤ والتحفة وحواشيها ٢/٦٩) وفي المصباح المنير : العراب من الابل خلاف البخاتي .
(٦) التجريد المفيد ٤/٣٧٠ ومغني المحتاج ٤/٤٢١ ، ٤٢٢
(٧) المغني ١١/٤٩١ ومطالب اولي النهى ٦/٥٤٩ ، ٥٥٠ ، ٥٥٨ والمهذب ٢/٣٠٦ .
(٨) البدائع ٧/١٧ .
(٩) المهذب للشيرازي ٢/٣٠٦ .
(١٠) المغني ١١/٤٩١ .